

PREGÃO ELETRÔNICO Nº 15/2019

IMPUGNAÇÃO 02

(Encaminhado por e-mail no dia 18/10/2019)

Mensagem do licitante:

"...

SUPER ESTÁGIOS LTDA-EPP, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob o nº11.320.576/0001-52, estabelecida na Rua Praia do Flamengo, 66, Flamengo, Rio de Janeiro/RJ, neste ato representada pela sua sócia e advogada, Poliana Modenesi Ferraz, brasileira, casada, inscrita na OAB-ES sob o nº 17.938, legalmente constituída na forma dos seus atos constitutivos, vem à presença de Vossa Senhoria e digna Equipe de Apoio, tempestivamente, com fundamento no artigo 41, § 1º e § 2º da Lei nº 8.666/1993 e item do Edital do Pregão Eletrônico nº 15/2019, interpor

IMPUGNAÇÃO AO EDITAL DE LICITAÇÃO

pelas razões de fato e direito abaixo aduzidas:

1. DOS FATOS

Foi publicado o Edital do Pregão Eletrônico nº 15/2019 pela FINANCIADORA DE ESTUDOS E PROJETOS, representado neste ato por seu Pregoeiro Oficial, com a realização do referido certame no dia 31/10/2019, às 10h, tendo o respectivo Pregão como objeto a contratação através de pregão eletrônico de empresa para a prestação dos serviços de agente de integração de Estágio, para execução das etapas de recrutamento, seleção, contratação, pagamento de bolsa auxílio e benefícios,

acompanhamento e desligamento de estagiários de cursos de educação superior para preenchimento de oportunidades de estágio nesta Empresa Pública, conforme previsto na Lei nº 11.788, de 25 de setembro de 2008 nas dependências da Financiadora de Estudos e Projetos – Finep no Rio de Janeiro e em suas unidades regionais.

O objetivo da presente impugnação é a retificação do item 3.3, uma vez que não proibiu a participação das instituições lucrativas, transgredindo, portanto, o princípio constitucional da igualdade.

2. DA ADMISSIBILIDADE

O artigo 41 da Lei de Licitações – Lei nº 8.666/1993 prevê em seu § 1º o prazo legal para interposição da impugnação pelo licitante, *in verbis*:

“Artigo 41. ... § 1º Qualquer cidadão é parte legítima para impugnar edital de licitação por irregularidade na aplicação desta Lei, devendo protocolar o pedido até 5 (cinco) dias úteis antes da data fixada para a abertura dos envelopes de habilitação, devendo a Administração julgar e responder à impugnação em até 3 três dias úteis, sem prejuízo da faculdade prevista no § 1º do art. 113.”

Acrescenta o Decreto 5.450/2005 em seu artigo 18:

“Art. 18. Até dois dias úteis antes da data fixada para abertura da sessão pública, qualquer pessoa poderá impugnar o ato convocatório do pregão, na forma eletrônica.”

Não resta qualquer dúvida que o Impugnante é parte legítima para apresentar a presente Impugnação, e o faz tempestivamente, devendo a presente ser recebida pelo Pregoeiro Oficial e sua equipe de apoio para que, na forma da lei, seja processada e

julgada, produzindo seus efeitos para o Edital de Licitação do Pregão Eletrônico nº 15/2019.

3. DO DIREITO

3.1. DA PROIBIÇÃO DA PARTICIPAÇÃO DAS ENTIDADES SEM FINS LUCRATIVOS

Determina o artigo 37, inciso XXI da Constituição que:

Art. 37.

XXI. Ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante **processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes**, com cláusulas que estabeleçam obrigação de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

O dispositivo supracitado positiva, em sede constitucional, o princípio da igualdade ou isonomia no âmbito dos procedimentos licitatórios.

O princípio é decorrência direta do **direito fundamental à igualdade** elencado no artigo 5º da Constituição da República e estabelece que, em igualdade de condições jurídicas, o Estado deverá dispensar o mesmo tratamento aos seus administrados, sem estabelecer entre eles quaisquer preferências ou privilégios.

Mais especificamente no âmbito das licitações, em que o objetivo da Administração é a obtenção de uma obra, serviço, compra, alienação, locação ou prestação de serviço público, **o princípio da igualdade visa assegurar que todos os administrados possam se candidatar, em igualdade de condições, para o**

fornecimento de seus serviços, sem o estabelecimento por parte da Administração de qualquer preferência ou privilégio a um ou a outro.

Como ensina José dos Santos Carvalho Filho, a igualdade “significa que **todos os interessados em contratar com a Administração devem competir em igualdade de condições**, sem que a nenhum se ofereça vantagem não extensiva a outro.”

Sobre a matéria leciona Maria Sylvia Zanella Di Pietro que: “O princípio da igualdade constitui um dos alicerces da licitação, na medida em que esta visa, não apenas permitir à Administração a escolha da melhor proposta, como também **assegurar igualdade de direitos a todos os interessados em contratar**”.

No presente caso, **ao inserir no certame as instituições sem fins lucrativos, as quais gozam de benefícios fiscais e previdenciários específicos** e que, por tais razões, obviamente **terão condições mais vantajosas do que as empresas privadas**, constitui **violação do princípio da igualdade**, criando **favorecimento às instituições sem fins lucrativos em detrimento das demais empresas** que poderiam ser outros possíveis vencedores, plenamente capazes de desenvolver as atividades elencadas no objeto do edital com qualidade igual ou superior às das companhias favorecidas pelo edital nos atuais termos.

Por outro lado, a Administração Pública prioriza a escolha da melhor proposta. **Todavia, a escolha da melhor proposta tem que ser analisada entre os participantes que não gozam de isenção de todos os impostos**. Destarte, **a participação de licitantes em situações desiguais fere, outrossim, o princípio da igualdade**, visto que as instituições sem fins lucrativos sempre sairão em vantagem sobre as demais empresas pelos motivos acima expostos.

Portanto, por razões óbvias, **permitir a participação das entidades sem fins lucrativos nos procedimentos licitatórios, aniquilaria uma concorrência justa com os demais licitantes.**

Insta esclarecer que a Administração não se priva de contratar entidades sem fins lucrativos, **o legislador previu formas diversas de estabelecer contratos entre os Entes Públicos e essas Entidades, como por exemplo: parcerias. Portanto, resta cristalina a existência de formas diversas de contratos estabelecidos pelo legislador.**

Cumpre, ainda, resgatar a máxima do princípio da isonomia, disciplinado no inciso II do art. 150 da Constituição Federal, que proíbe instituir tratamento desigual entre aqueles que se encontrem em situação equivalente, ou seja, aqueles que se encontrem nas mesmas condições devem receber igual tratamento, da mesma forma que os desiguais devem receber tratamento desigual, na medida de suas desigualdades.

A correta aplicação desse princípio, em se permitindo a participação de instituições sem fins lucrativos em certames licitatórios, criaria um impasse insanável em termos administrativos, uma vez que exigiria do Edital a prévia especificação de condições compensatórias diante da mera hipótese de que uma dessas instituições viesse a participar como licitante.

As instituições sem fins lucrativos não devem participar de processos licitatórios, **pois contam com proteções estatais demasiadamente robustas.**

A permissão da participação desse tipo de pessoa jurídica, que percebe isenção fiscal e previdenciária, fere o princípio da isonomia, que se define pela igualdade de possibilidade a todos os licitantes.

Insta salientar, ainda, que, em observância ao princípio da igualdade, o Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão do Governo Federal, que em 06 de maio

de 2017, publicou a Instrução Normativa nº 05/2017, a qual dispôs no seu art. 12, parágrafo único, que as **instituições sem fins lucrativos gozam de benefícios fiscais e previdenciários específicos**, condição que reduz seus custos operacionais em relação às pessoas jurídicas ou físicas, legal e regularmente tributadas, razão pela qual **não será permitida, em observância ao princípio da isonomia, a participação de instituições sem fins lucrativos** em processos licitatórios destinados à contratação de empresário, de sociedade empresária ou de consórcio de empresa.

Desta forma, em cumprimento aos princípios da igualdade e da legalidade, bem como à Instrução Normativa nº 05/2017, as licitações federais da administração direta e indireta já vem excluindo as instituições sem fins lucrativos de seus certames.

Importante destacar que o art. 12, parágrafo único, da IN nº 05/2017, ao vedar a participação de entidades sem fins lucrativos nos procedimentos licitatórios, não estaria penalizando essas Entidades, que gozam de benefícios fiscais e previdenciários, e sim estabelecendo uma forma de tratamento igualitário aos seus participantes do certame, uma vez que não haveria concorrência justa com a participação de licitantes com tais benefícios.

Ressalte-se, ainda, que consta na **minuta padrão** disponibilizada pela Advocacia Geral da União (AGU), em seu sítio eletrônico (<http://www.agu.gov.br/unidade/modeloslicitacoes>), a **vedação da participação de entidades sem fins lucrativos nos processos licitatórios, na forma do art. 12, parágrafo único da Instrução Normativa 05/2017.**

Os modelos são voltados para uso de toda a administração pública do Poder Executivo, Legislativo e Judiciário.

Saliente-se, por fim, que, o Acórdão nº 1.406/2017, julgado pelo Plenário do TCU é claro no sentido que é admissível a participação de organizações sociais, qualificadas

na forma dos arts. 5º a 7º da Lei 9.637/1998, desde que os serviços objeto desta licitação se insiram entre as atividades previstas no contrato de gestão firmado entre o Poder Público e a organização social (Acórdão nº 1.406/2017- TCU-Plenário), **mediante apresentação do Contrato de Gestão e dos respectivos atos constitutivos.** Assim, somente quando há contrato de gestão firmado entre a instituição sem fim lucrativo a Administração Pública, elas podem participar das licitações. **Afora isso, é vedada expressamente a participação de instituições sem fins lucrativos nos processos licitatórios com fins mercantis.**

Por fim, ficou assentado, ainda, pelo TCU, que a organização social, que venha a participar de certame licitatório, deve fazer constar, da documentação de habilitação encaminhada à comissão de licitação, cópia do contrato de gestão firmado com o Poder Público, a fim de comprovar cabalmente que os serviços objetos da licitação estão entre as atividades previstas no respectivo contrato de gestão.

Desta forma, requer seja acolhido o pedido de impugnação, vedando a participação das instituições sem fins lucrativos do presente processo licitatório, pois do contrário, feriria de morte o princípio da igualdade, condição *sine qua non*, para uma disputa justa e equilibrada entre os licitantes, não restando outra alternativa ao Impugnante, senão a via judicial.

4. DOS REQUERIMENTOS

Ante o exposto, requer o conhecimento desta Impugnação, julgando-a totalmente procedente para retificar o edital de licitação de Pregão Eletrônico nº 15/2019, excluindo da participação deste processo licitatório as instituições sem fins lucrativos, conforme as considerações acima despendidas e, em seguida, dar continuidade no procedimento licitatório.

Nestes Termos,
Pede Deferimento.

Rio de Janeiro/RJ, 18 de outubro de 2019.


SUPER ESTÁGIOS LTDA EPP
Poliana Modenesi Ferraz

..."

Resposta:

Impugnação indeferida.

Primeiramente, ressalte-se que a IN nº 05/2017 não é aplicável à Finep, como se infere do seu art. 1º:

"Art. 1º As contratações de serviços para a realização de tarefas executivas sob o regime de execução indireta, por órgãos ou entidades da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional, observarão, no que couber:"

De todo modo, enfrentando-se a questão, temos que não assiste razão à impugnante.

O art. 32 da IN faz uma ressalva importante, como se vê: "(...) não será permitida, em observância ao princípio da isonomia, a participação de instituições sem fins lucrativos em processos licitatórios destinados à contratação de empresário, de sociedade empresária ou de consórcio de empresa."

Ou seja: tratando-se de sociedade simples, a restrição invocada.

Além disso, a Finep é regida pela Lei nº 13.303/16, e a referida IN está inserida no âmbito da Lei nº 8.666/93.

Com relação ao paradigma do TCU, trazido pela própria impugnante, deve ser ressaltado de pronto que ele se refere a tipos jurídicos específicos, quais sejam, as OSCIP e OS. Não há a abrangência desejada pela licitante, que pretende vedar a participação de qualquer entidade sem fins lucrativos, independentemente da forma de sua constituição.

Pelo exposto, considerando-se que não há previsão legal a que a Finep esteja adstrita que vede a participação de entidades sem fins lucrativos em licitações; que a participação dessas entidades, ainda que titulares de benefícios legais, não viola a competitividade e o princípio da igualdade e que a ampliação do universo competitivo é algo que se busca nas licitações, entendemos pelo não acolhimento da impugnação.

Atenciosamente,

Sônia Bessa

Pregoeira